Berlin, 10. April 2008
Stellungnahme Nr. 20/08

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Ausschuss Verwaltungsrecht

zum

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts
(Stand 03.03.2008)

Mitglieder des Verwaltungsrechtsausschusses:

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christoph Moench, Berlin (Vorsitzender)

Rechtsanwalt Dr. Michael Bender, Freiburg

Rechtsanwalt Dr. Christian-Dietrich Bracher, Berlin

Rechtsanwalt Prof. Dr. Matthias Dombert, Potsdam

Rechtsanwalt Dr. Andreas Geiger, München

Rechtsanwalt Dr. Thomas Lüttgau, Köln

Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting, Frankfurt/Main (Berichterstatter)

Rechtsanwältin Dr. Angela Rapp, Berlin

Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhard Sparwasser, Freiburg

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Bettina Bachmann, DAV-Berlin

Verteiler:

- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
- Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
- Deutscher Bundestag - Ausschuss für Wirtschaft und Technologie
- Deutscher Bundestag - Ausschuss für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung
- Bundesrechtsanwaltskammer
- DAV-Vorstand und Geschäftsführung
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
- Mitglieder des DAV-Verwaltungsrechtsausschusses
- Mitglieder des DAV-Umweltrechtsausschusses
- Redaktion NVwZ
- Redaktion NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit 65.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der Deutsche Anwaltverein begrüßt grundsätzlich die mit dem Gesetzentwurf verfolgte Zielrichtung einer Modernisierung des Vergaberechts.

Der Gesetzentwurf lässt den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts unberührt. Der Deutsche Anwaltverein hält die gegenwärtige Rechtslage zum Primärrechtsschutz für Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte und für sonstige Aufträge und Konzessionen, die nicht in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fallen, indessen für unbefriedigend. Er teilt nicht die Einschätzung der Gesetzesbegründung (Allgemeiner Teil Ziff. 7), es sei sinnvoll, für solche Aufträge keinen spezifischen Primärrechtsschutz zur Verfügung zu stellen. Nach dem Gesetzentwurf bleibt es dabei, dass der Vergaberechtsweg nicht eröffnet ist. Nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 02.05.2007 soll auch der Verwaltungsrechtsweg nicht statthaft sein. Die Inanspruchnahme zivilgerichtlichen Primärrechtschutzes bei den Landgerichten birgt die Gefahr von Zufallsentscheidungen nicht auf das Vergaberecht spezialisierter Spruchkörper. Im Interesse der Rechtssicherheit und auch im Interesse eines zügigen Abschlusses entsprechender Rechtsmittelverfahren regt der Deutsche Anwaltverein an, unabhängig von der konkreten GWB-Novelle im Rahmen einer Modernisierung des Vergaberechts die Einführung eines besonderen Rechtsschutzverfahrens für Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte, insbesondere im Bereich der Bauvergaben, und auch für Dienstleistungskonzessionen zu prüfen. Ein solches Verfahren könnte z.B. spezialisierten Kammern der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugewiesen werden.

Zum Gesetzentwurf im Einzelnen:

Zu § 99:

Die Klarstellungen zum Auftragsbegriff in § 99 sind zu begrüßen. Der mit der „Ahlhorn-Rechtsprechung“ des OLG Düsseldorf verbundenen Ausweitung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts auf städtebauliche Sachverhalte und Immobilientransaktionen ohne Beschaffungsbezug wird Einhalt geboten. Die Klarstellungen sind aus der Sicht des Deutschen Anwaltvereins europarechtskonform. Mit der VK Hessen (Beschl. v. 05.03.2008) ist der Deutsche Anwaltverein der Meinung, dass die Entscheidung „Roanne“ des EuGH durch das OLG Düsseldorf überinterpretiert wurde.

Zu § 101 a:

§ 101 a nimmt die Regelung des § 13 VgV auf und überführt sie in das GWB. Die Vorinformationsfrist ist aus anwaltlicher Sicht kurz bemessen. Sie beginnt am Tag nach Absendung der Information. Je nach der Art und Weise der Übermittlung kann die Vorinformation erst zwei bis drei Tage nach Absendung bei den Bietern eintreffen. Fällt das Fristende auf einen gesetzlichen Feiertag, so soll nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung Fristablauf gleichwohl an diesem Tage sein (*Dippel*, in: Juris Praxiskommentar Vergaberecht, § 13 VgV Rn. 16). Bei Fristablauf etwa an einem Karfreitag oder an einem anderen gesetzlichen Feiertag mit nachfolgendem Wochenende könnte der Auftraggeber den Zuschlag erteilen, obwohl die den Suspensiveffekt auslösende Zustellung des Nachprüfungsantrags an solchen Tagen nicht möglich ist. Damit verkürzt sich die Vorinformationsfrist unangemessen. Nach ihrem Schutzzweck ist die Frist des § 101 a (jetzt: § 13 VgV) eine Rechtsmittelfrist. Wir regen daher an, klarzustellen, dass die Vorschriften des BGB für die Fristberechnung (§§ 186 bis 193 BGB) für die Fristberechnung entsprechend gelten.

Zu § 101 b:

Nach dem Wortlaut des Absatzes 1 ist ein direkt vergebener Vertrag unwirksam, wenn die Direktvergabe nicht aufgrund *dieses* Gesetzes gestattet ist. Es kann jedoch auch außerhalb der Verdingungsordnungen gesetzliche Ausnahmetatbestände geben, die eine Direktvergabe legitimieren (z.B. in der neuen VO (EG) Nr. 1370/2007). Es sollte daher formuliert werden:

> „ohne dass dies rechtlich gestattet ist“.

Die Ausschlussfristen des Abs. 2 sind grundsätzlich zu begrüßen im Interesse der Rechtssicherheit.

Klargestellt werden sollte, dass die Ausschlussfristen des Abs. 2 auch Altverträge betreffen, die vor Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossen worden sind, sonst perpetuiert sich aufgrund der Übergangsregelung des § 131 Abs. 8 GWB–E die Rechtsunsicherheit für solche Altverträge. Statt auf den Zeitpunkt sechs Monate nach Vertragsschluss könnte hier auf den Zeitraum von sechs Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes abgestellt werden.

Die Ausschlussfristen beziehen sich auf die Möglichkeit der Feststellung der Unwirksamkeit nach Absatz 1. Ist ein Vertrag (auch) aus anderen Gründen nichtig, könnte der Bieter immer noch ein Nachprüfungsverfahren einleiten. Daher sollte klargestellt werden, dass ein Nachprüfungsantrag von vornherein *unzulässig* ist, wenn er nach Ablauf der genannten Fristen gestellt wird. Diese Ergänzung sollte in § 114 Abs. 2 erfolgen.

Das hätte den Vorzug, dass ein solcher verspäteter Nachprüfungsantrag von der Vergabekammer nach § 110 Abs. 2 von vornherein nicht zugestellt zu werden brauchte, da er anhand der klar zu berechnenden Fristen offensichtlich unzulässig wäre.

Zu § 102/103

Die Aufhebung der Vorschriften über die Vergabeprüfstellen wird begrüßt. Diese Einrichtungen haben sich nicht bewährt, in den meisten Ländern gibt es sie nicht mehr.

Zu § 107 Abs. 3

Abs. 3 Nr. 3 ist problematisch, weil abweichend von der Rechtsprechung, nach der die Pflicht zur Rüge erst mit Tatsachen- und Rechtskenntnis einsetzt, bei Verstößen gegen Vergabevorschriften, die sich aus den Verdingungsunterlagen ergeben, auf die bloße *Erkennbarkeit* abgestellt wird. Dadurch wird unnötiger Streit über die Erkennbarkeit und die Zumutbarkeit einer Rüge unverzüglich nach Erhalt provoziert. Bei umfangreichen Vergabeverfahren, etwa im Schienenpersonennahverkehr oder bei größeren PPP-Projekten, ist es schlicht unmöglich, die Vergabeunterlagen unverzüglich nach Erhalt komplett durchzusehen und auf mögliche Vergaberechtsverstöße hin zu untersuchen. Vergaberechtsverstöße stellen sich erst nach und nach im Laufe der Angebotsbearbeitung und der damit verbundenen Auseinandersetzung mit den Verdingungsunterlagen heraus. Die Pflicht zur sofortigen Rüge provoziert nur unnötige Vorratsrügen. Ein besonderer Tatbestand für Rechtsverstöße aus den Vergabeunterlagen ist daher abzulehnen.

Ebenso abzulehnen ist die aus Nr. 4 folgende Verpflichtung, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten, wenn einer Rüge nicht abgeholfen wurde. Dadurch werden unnötige Nachprüfungsverfahren provoziert oder, wenn der Bieter ein Nachprüfungsverfahren nach Zurückweisung seiner Rüge (noch) kein Verfahren einleiten möchte, der Rechtsschutz unangemessen verkürzt.

Zu § 115

Die Anknüpfung des Suspensiveffektes an die Übersendung, nicht die Zustellung des Nachprüfungsantrags ist zu begrüßen.

Zu § 115 Abs. 2 Satz 4 (neu)

Der Verzicht auf die Beurteilung der Erfolgsaussichten im Rahmen der Abwägung über den Eilantrag ist problematisch. Das könnte bedeuten, dass trotz vorhandener Erfolgsaussichten die Vorabgestattung des Zuschlags erfolgt, wenn ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Aufgabendurchführung des Auftraggebers angenommen wird. Das ist mit dem Sinn und Zweck des Nachprüfungsverfahrens, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, kaum zu vereinbaren.

Die Möglichkeit der Vorabgestaltung des Zuschlags nach § 115 Abs. 2 GWB hat in der Praxis ohnehin geringe Bedeutung, da aufgrund des Beschleunigungsgebotes des § 113 das (Hauptsache-) Nachprüfungsverfahren in kurzer Zeit abgewickelt werden muss.

Zu § 115 Abs. 4 (neu)

Der Entfall des Zuschlagsverbotes auf den bloßen Vortrag des Auftraggebers hin, es liege ein Fall des § 100 Abs. 2 lit. d vor, ist abzulehnen. Das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen dieser Ausnahmevorschrift ist alles andere als eindeutig. Der Auftraggeber kann durch die schlichte Berufung auf die Sicherheitsausnahme nicht vollendete Tatsachen schaffen dürfen.

Zu § 118

Die Verkürzung des § 118 auf eine Woche wird dazu führen, dass die Oberlandesgerichte – wie schon bisher bei der Zwei-Wochen-Frist – die aufschiebende Wirkung routinemäßig wiederherstellen. Das erscheint nicht sinnvoll. In einer Woche ist eine Prüfung der Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde nicht möglich.

Zu § 124

Die Divergenzvorlage soll nach wie vor nur auf Beschluss des OLG statthaft sein. Es erscheint notwendig, dass die Verfahrensbeteiligten die Divergenzvorlage erzwingen können. Lehnt das Oberlandesgericht rechtswidrig die Vorlage an den Bundesgerichtshof ab, so entzieht es nach geltendem Recht den Verfahrensbeteiligten den gesetzlichen Richter. Dagegen ist aber außer der Verfassungsbeschwerde kein Rechtsmittel statthaft. Eine Nichtvorlagebeschwerde zum BGH wäre zu begrüßen.

Zu § 128

Die Notwendigkeit zur Erhöhung der Mindestgebühr von EUR 2.500 auf EUR 5.000 und der Höchstgebühr auf 100.000 EUR ist nicht nachzuvollziehen, zumal die Anwaltsgebühren nach dem RVG nicht proportional angehoben werden.

Eine verschuldensabhängige Kostentragungspflicht im neuen § 128 Abs. 3 Satz 2 ist im Prozessrecht ungewöhnlich. Eine Formulierung in Anlehnung an § 93 ZPO erscheint angemessener.

Der Vergabekammer sollte die Möglichkeit eröffnet werden, bei Rücknahme des Antrags oder sonstiger Erledigung nach billigem Ermessen über die Kosten zu entscheiden (analog § 91 a ZPO).

In § 128 Abs. 4 ist für den Fall der Rücknahme vorgesehen, dass der Antragsteller neben den Gebühren auch die Kosten des Antragsgegners übernehmen soll. Nicht einzusehen ist, warum die Kostentragungspflicht im § 128 Abs. 4 nicht auch für die notwendigen Auslagen des Beigeladenen gelten soll.